Die Haftung des Auftraggebers für Schäden, die der Beauftragte bei Ausführung des Auftrages erleidet

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Joseph Scherer
Referendar aus Raesfeld in Westf.

Approbiert am 26. 6. 1937

1937

Verlags- und Dissertationsdruckerei Carl Beck, Eisfeld i. Thür.

937/354

Referent: Geheimer Justizrat Prof. Dr. jur. et phil.
Bernhard Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Disposition:

Seite:

A. Einleitung:
I. Rechtsgeschichtlicher Überblick 1
II. Die Haftung des Auftraggebers in der Entstehungsgeschichte des BGB. 5

B. Hauptteil:
I. Begriff und Wesen des Auftrages im geltenden Recht 7
II. Begriff des Schadens 9
III. Die Haftung des Auftraggebers nach dem BGB. 11
1. Die Haftung für Verschulden 11
a) Verschulden des Auftraggebers . . 11
b) Verschulden des Beauftragten . . . 14
c) Haftung bei Mitverschulden des Beauftragten 15
2. Die Haftung des Auftraggebers für zufällige Schäden des Beauftragten . . . 16
a) Aus dem Gesichtspunkt der Haftung für Aufwendungen 17
b) Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben 24
IV. Die Haftung des Auftraggebers bei sittenwidrigen Inhalt des Auftrags 28
V. Die Haftung des Auftraggebers bei Ausschluß der Haftung durch den Auftraggeber 29
VI. Die Haftung für Schäden, die ein Dritter, dem der Beauftragte die Ausführung des Auftrages übertragen hat, bei Ausführung des Auftrages erleidet 30
1. Die Haftung bei Gestattung der Übertragung durch den Auftraggeber 30
2. Die Haftung bei Nichtgestattung der Übertragung 32
VII. Die Haftung des Auftraggebers bei Zuziehung von Gehilfen seitens des Beauftragten . . 32
VIII. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Haftung des Auftraggebers 33

C. Schluß 35

Literatur:

Arndts: Lehrbuch der Pandekten, München 1865.

Baring: Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz. (im Sächs. Arch. f. d. Bürg. Recht, Bd. 14/15).

Böckel: Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten (im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 96).

Cosack: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Jena 1900 und 1927.

Crome: System des bürgerlichen Rechts, Bd. I und II, Tübingen 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. II, 2 Halle 1915.

— Pandekten, Bd. II, Berlin 1903.

Eisele: Die Haftung des Mandanten für Schäden des Mandatars, (im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 84).

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. I, Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Bd. I und II, 1931/32.

Fischer-Henle: Bürgerl. Gesetzbuch, München 1927.

Förster-Eccius: Preuß. Privatrecht, Berlin 1896.

Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht, Bd. III, München-Leipzig 1917.

Heck, Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Hedemann: Recht der Schuldverhältnisse 1931.

Höniger: Kritische Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen (im Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 35).

Jhering: culpa in contrahendo (in Jher. Jahrb. Bd. 4).

Kommentar der Reichsgerichtsräte, I. Bd., Berlin-Leipzig 1928, II. Bd. 1934.

Krautwig: Die Haftung für zufällige Schäden beim Auftrag. Diss. Köln 1929.

Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

— Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts. München und Berlin 1934.

Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht. (in „Der Deutsche Staat der Gegenwart". Hamburg 1934, Heft 7).

Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. 1906.

Leonhard: Allgemeines und besonderes Schuldrecht des BGB. München-Leipzig 1929/30.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag, I. Bd., Leipzig 1902.

Michaelis: Haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für Schäden, die der Beauftragte bei Ausführung des Auftrags erlitten hat? Diss. Erlangen, 1931.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, Bd. II, Berlin 1929.

Orthal: Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers nach dem BGB. Diss. Erlangen 1901.

Planck: Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, Berlin-Leipzig 1928.

Puchta: Pandekten, Leipzig 1856.

Rümelin: Culpa-Haftung und Causalhaftung (im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 88).

— Schadensersatz ohne Verschulden. Tübingen 1910.

Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen, Geschichte und System des röm. Privatrechts. Berlin 1924.

Staub: Kom. zum HGB., Berlin-Leipzig 1933.
Staudinger: Kom. zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. II, München, Berlin, Leipzig 1929.
Tuhr von: Actio de in rem verso Freiburg 1895.
Unger: Handeln auf fremde Gefahr (in Jherings Jahrb. Bd. 33).
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 2, Frankfurt 1906.
Zitelmann: Nichterfüllung und Schlechterfüllung in der Festschrift für Krüger.

Zeitschriften, Entscheidungen und Materialien:

Archiv für Bürgerliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Jahrbücher für Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts.
Juristische Wochenschrift.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Berlin-Leipzig 1888.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. II, Berlin 1898.
Das Recht.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts.

A. Einleitung.

Es soll in dieser Arbeit untersucht werden, inwieweit der Auftraggeber dem Beauftragten einen bei der Ausführung des Auftrages erlittenen Schaden zu ersetzen hat. Ein Blick in die Rechtsprechung zeigt, daß diese Frage von wesentlicher praktischer Bedeutung ist. Es erscheint daher als Mangel unseres Auftragrechts, daß der Gesetzgeber bezüglich der Schadensersatzpflicht des Auftraggebers keine Regelung getroffen hat. Die Entscheidung dieser Frage blieb der Rechtslehre und Rechtsprechung überlassen. Daraus hat sich eine Reihe von Theorien ergeben, die bis heute noch nicht zu einer einheitlichen Lösung des Problems geführt haben.

I. Rechtsgeschichtlicher Überblick.

Die verschiedenen Theorien über die Haftung des Auftraggebers lassen sich einteilen in solche, die den Auftraggeber nur für Schäden, die er selbst verschuldet hat, haften lassen wollen, und in solche, die die Haftung des Auftraggebers auch auf zufällige unverschuldete Schäden des Beauftragten ausdehnen.

Zur Einführung in die für diese unterschiedliche Beurteilung maßgebenden Rechtsfragen diene ein kurzer Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Problems der Mandantenhaftung.

Die einzelnen gemeinrechtlichen Theorien über die Haftung des Auftraggebers gehen auf die beiden folgenden Digestenstellen zurück:

L. 26 §§ 6, 7 D. mandati vel contra 17,1 (Paulus, libro XXXII ad edictum).

§ 6. Non omnia, quae impensursus non fuit mandator, imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut

naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit: Nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet.

§ 7: Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quod si ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit tantum tibi praestari oportet.

L. 62 § 5 D. de furtis 47, 2 (Africanus libro VIII quaestionum).

Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit omni modo damnum praestari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur. iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere. nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse, et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. Nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.

Hiernach beschränkt Paulus die Haftung des Mandanten auf die von diesem verschuldeten Schäden. Damit entspricht seine Auffassung dem Grundsatz der Verschuldenshaftung, der im römischen Recht für die bonae-

fidei - Kontrakte galt, zu denen auch das mandatum gegehörte. [1])

Africanus dagegen dehnt die Haftung des Mandanten auch auf solche Schäden aus, die den Mandatar zufällig getroffen haben. Wenigstens ist das aus dem ersten Teil der Africanus-Stelle zu schließen. Am Schluß dieser Stelle ist allerdings von der culpa mandantis die Rede. Dieser Widerspruch in der Africanus-Stelle, sowie der weitere Widerspruch zwischen dieser und der Paulusstelle hat zu einer Reihe von Lösungsversuchen im gemeinrechtlichen Schrifttum geführt. Während die Glossatoren, namentlich Accursius, in Anlehnung an Africanus die Haftung des Mandanten für zufällige Schäden bejaht hatten, folgte die herrschende Lehre des späteren gemeinen Rechts dem Standpunkt des Paulus und ließ den Mandanten nur für verschuldeten Schaden haften. [2])

Daneben wurde von einzelnen Schriftstellern auch noch die Ansicht des Africanus vertreten, jedoch mit Einschränkungen hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen Auftragserteilung und erlittenem Schaden. [3])

Aus dem älteren deutschen Recht ist die folgende Stelle des Sachsenspiegels zu nennen: Buch III, Art. 6, § 3.

„Wirt aber ime [4]) sîn phert oder ander sîn gût dûbliche oder roubliche genomen in des herren dinste, âne des knechtes schult, daz mûz ime der herre gelden, dâ vor mûz man ouch deme herre antwurten, ab her dar ûf claget."

Grundsätzlich haftete nach älterem deutschen Recht der Gläubiger für zufällige Schäden, die der Schuldner bei Ausführung einer vertraglichen Verpflichtung erlitt,

---

1) Sohm, Inst., S. 376.
2) Dernburg, Pand. Bd. 2, S 315; Puchta, a. a. O., § 324, S. 483; Arndts, a. a. O., § 293, S. 478.
3) Ihering, a. a. O., S. 37; Unger, a. a. O., S. 325ff.; Eisele, a. a. O., S. 319ff.
4) Nämlich einem Knecht.

welche er im Interesse des Gläubigers übernommen hatte. Der Auftraggeber haftete also für Zufallsschäden, wenn die Ausführung des Auftrages in seinem Interesse geschah. [5]) Es galt als Grundsatz der Billigkeit, daß der Beauftragte durch den Auftrag keinen Schaden erleiden solle. [6])

Das Allgemeine Landrecht für die Preuß. Staaten von 1794 (I., 13, §§ 80 u. 81) ließ den Auftraggeber grundsätzlich für Verschulden, das ihn traf, haften. Zufällige Schäden hatte der Auftraggeber nur dann zu ersetzen, wenn der Beauftragte eine bestimmte Weisung des Auftraggebers nicht hatte befolgen können, ohne sich der Gefahr einer Beschädigung auszusetzen. [7])

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen aus dem Jahre 1863 vertrat in seinem § 1302 (in Verbindung mit den §§ 728, 729) ebenfalls den Grundsatz der Verschuldenshaftung.

In diesem Zusammenhang ist auch die Stellungnahme einiger ausländischer Rechtssysteme zur Frage der Haftung für Schäden des Beauftragten von Interesse.

Am weitesten geht in der Ausdehnung der Haftung des Auftraggebers das französische Recht, das in Art. 2000 des code civil die Bestimmung enthält: „Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes, qui celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable." Es trägt damit der Tatsache, daß das Interesse des Auftraggebers der Anlaß zu der Schädigung des Beauftragten gewesen ist, uneingeschränkt Rechnung.

Auch nach dem Schweizer Obligationenrecht (Art. 402 Abs. 2) haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den aus dem Auftrag erwachsenen Schaden. Er kann sich aber durch den Nachweis, daß der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist, von der Haftung befreien.

---

5) Gierke, a. a. O., S. 128; Böckel, a. a. O., S. 380.
6) Unger, a. a. O., S. 335 ff., Note 1.
7) Siehe Förster-Eccius, a. a. O., § 141, S. 340.

Schließlich ist noch die Stellungnahme des Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches zur Frage der Mandantenhaftung zu erwähnen. Nach § 1014 des Gesetzes hat der Auftraggeber allen durch sein Verschulden entstandenen oder mit der Erfüllung des Auftraggebers verbundenen Schaden zu ersetzen. Für zufällige Schäden kann der Beauftragte nach § 1015 Ersatz verlangen in Höhe des Betrages, „welcher ihm bei entgeltlichem Vertrage zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerte gebührt haben würde."

II. Die Haftung des Auftraggebers in der Entstehungsgeschichte des BGB.

Das BGB. enthält, wie eingangs gesagt, keine Bestimmung über die Haftung des Auftraggebers. Über die Gründe gibt die Entstehungsgeschichte des BGB. Aufschluß.

Im ersten Entwurf war lediglich der Ersatz der Aufwendungen des Beauftragten in § 595 geregelt. Nach den Motiven dazu glaubte man, hinsichtlich der Frage, inwiefern der Auftraggeber den Schaden zu tragen habe, den der Beauftragte bei Ausführung des Auftrages erleide, wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht treffen zu können. [8])

Bei den Beratungen der zweiten Kommission wurde beantragt, für Verluste, welche der Beauftragte aus Gefahren erleide, die nach dem bestimmten Inhalt des Auftrages von der Geschäftsbesorgung untrennbar seien, den Auftraggeber haften zu lassen. [9]) Der Antrag wurde abgelehnt mit der Begründung [10]), es entspreche nicht der Auffassung des Lebens, daß der Beauftragte unter allen Umständen Ersatz des durch die Geschäftsführung verursachten Schadens verlangen dürfe. Handle es sich

8) Mot. Bd. II, S. 541 zu § 595.
9) Prot. Bd. II, S. 367.
10) Prot. Bd. II, S. 368 ff.

um einen Schaden, an den beide Teile oder der Beauftragte allein gedacht hätten, so entspreche es der Verkehrsauffassung, dem Beauftragten, weil er trotz Kenntnis der ihm möglicherweise drohenden Gefahr den Auftrag übernommen habe, auch das Risiko des übernommenen Auftrages aufzuerlegen. Habe dagegen der Auftraggeber trotz des Bewußtseins, daß sich der Beauftragte bei Ausführung des Auftrages möglicherweise gewissen Gefahren aussetze, es unterlassen, den Beauftragten hierauf aufmerksam zu machen, so verletze er seine Pflicht, die ihm nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte obliege, und hafte daher für den Schaden. Es bedürfe aber auch deshalb keiner besonderen gesetzlichen Regelung, weil die allgemeinen Grundsätze über den Ersatz von Aufwendungen in vielen Fällen zu dem von dem abgelehnten Antrage verfolgten Ziele führen würden. Wenn nämlich der Beauftragte, der gewissermaßen seine ganze Persönlichkeit zum Zwecke der Erfüllung des Auftrages in den Dienst des Auftraggebers stelle, hierbei an seiner Gesundheit einen Schaden erleide, so opfere er ein Rechtsgut auf, und für dieses Opfer könne er, soweit möglich, ebenso gut Ersatz fordern, wie für gewisse Vermögensaufwendungen. Dabei falle es nicht ins Gewicht, wenn der Beauftragte bei Übernahme des Auftrags die Gefahr nicht gekannt habe, und der Auftraggeber über den Umfang seiner Verpflichtungen nicht vollständig unterrichtet gewesen sei. Dem gegenüber wurde von anderer Seite geltend gemacht, es sei nach der Natur und dem Zweck des Auftrags als Regel anzusehen, daß der Auftraggeber sich zu mehr als dem Ersatz der Aufwendungen im engeren Sinne nicht habe verpflichten wollen.

Bei der Revision des zweiten Entwurfes wurde der neugestellte Antrag ebenfalls abgelehnt. [11]) So blieb die Frage der Mandantenhaftung im BGB. vollständig offen. Es hat sich in der Rechtslehre eine Anzahl von Theorien herausgebildet, die diese Lücke im Gesetz zu schließen suchen.

11) Prot. Bd. VI, S. 190.

B. Hauptteil.

I. Begriff und Wesen des Auftrages im geltenden Recht.

Eine Begriffsbestimmung des Auftrages findet sich im BGB. nicht. In seinem zweiten Buch, 10. Titel, sind die Bestimmungen über den Auftrag enthalten. Die in diesem Titel enthaltenen Paragraphen lassen zwei verschiedene Bedeutungen zu, und zwar einmal lediglich die Aufforderung an einen anderen, für den Auffordernden ein Geschäft zu besorgen, und zum anderen den Auftragsvertrag. [1])

Im ersteren Falle ist der Auftrag eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die aber, da sie sich als Aufforderung darstellt, für denjenigen, an den sie sich richtet, keine Rechtsverpflichtung zur Ausführung derselben auslöst. Im zweiten, weitaus häufiger vorkommenden Falle kommt dem Auftrag die Bedeutung eines unvollkommenen zweiseitigen Vertrages zu. Er kann daher nur durch die Annahme des Antrages, ein Geschäft für einen anderen zu besorgen, vonseiten des Adressaten zustandekommen. Dieser Auftragsvertrag ist ein formloses Rechtsgeschäft und hat die unentgeltliche Besorgung eines Geschäftes zum Gegenstand. Die Unentgeltlichkeit ist eine notwendige Eigenschaft des Auftrages und stellt sich als Unterscheidungsmerkmal des Auftrages vom Dienst- und Werkvertrag dar, in denen derjenige, der für einen anderen tätig wird, einen Anspruch auf Vergütung erwirbt (Siehe §§ 611, 631). Das bedeutet nun aber nicht, daß der Auftrag schon dann zu verneinen wäre, wenn der Auftraggeber irgend eine Leistung an den Beauftragten bewirkt. Wie das

1) Staudinger, Bd. II, 2 Vorbem. 2 zu § 662; Planck, Bd. II, 2 Vorbem. 1 zu § 662.

römische Recht schon ein honorarium bezw. munus, eine Ehrengabe beim mandatum zuließ, [2]) so ist ein Auftrag auch nach der heute herrschenden Ansicht [3]) immer dann noch als bestehend zu erachten, wenn der Auftraggeber dem Beauftragten nachträglich für seine Handlung eine Belohnung gewährt, deren Hingabe nicht auf einer rechtlichen Verpflichtung beruht. Ist diese Belohnung jedoch als Gegenleistung für die Geschäftsbesorgung von vornherein dem Beauftragten vonseiten des Auftraggebers versprochen, dann ist ein Auftrag in dem hier zu behandelnden Sinne zu verneinen und ein Vertrag im Sinne des § 675 gegeben.

Der Begriff der „Geschäftsbesorgung" beim Auftrag war nach früherer Auffassung bestritten. Cosack [4]) verlangte zur Anwendung der Bestimmungen über den Auftrag, daß der Beauftragte entweder ein Rechtsgeschäft abschloß, oder die Übernahme einer zwar nicht rechtsgeschäftlichen, aber doch das Vermögen des Dienstempfängers berührenden Tätigkeit. Diesen seinen engen Standpunkt hat Cosack [5]) jedoch verlassen und läßt nun als Geschäftsbesorgung auch Verträge, die auf die Vornahme tatsächlicher Handlungen gerichtet sind, zu, sofern sie zur Vermögensverwaltung des Dienstberechtigten gehören.

Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden, da das Gesetz selbst in seiner Bestimmung des § 682 es zuläßt, daß Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte Geschäftsführer sein können. Beizutreten ist der herrschenden Meinung, [6]) die als Geschäftsbesorgung die Vornahme eines Rechtsgeschäftes, wie auch die einer Handlung von rein tatsächlicher Natur zuläßt. Danach ist es, im Gegensatz zu dem von

2) L. 7, D. 17, 1; Enneccerus § 157, Z. 4, Note 3.
3) Prot. Bd. II, S. 352; RGRK. § 662, Anm. 4; Staudinger, II, 3 § 662.
4) Lehrbuch. § 150, § 143, II, 1.
5) Lehrbuch, § 213, § 205, II, 3.
6) Enneccerus § 157 Z. 3; Planck Bd. II, 2 Vorbem. II zu § 662; Staub § 662; Oertmann; Vorbem. 3a zu § 662.

Cosack vertretenen Standpunkt, nicht erforderlich, daß einerseits der Beauftragte geschäftsfähig ist, und daß andrerseits, wenn ein Auftrag auf die Vornahme tatsächlicher Handlungen gerichtet ist, diese tatsächlichen Handlungen zur Vermögensverwaltung des Auftraggebers gehören.

Die Geschäftsbesorgung muß im Interesse des Auftraggebers oder eines Dritten erfolgen. Diese Forderung wird jedoch nicht schlechthin derart aufgestellt, daß nur ausschließlich das Interesse der Genannten in Betracht kommen darf; die Geschäftsbesorgung darf vielmehr auch in dem Interesse des Beauftragten liegen.

Nach diesen Ausführungen ist der Begriff des Auftrages zu fassen als formloser, einseitig verpflichtender Vertrag, durch den der eine Vertragsteil, der Auftraggeber, dem anderen, dem Beauftragten, die Besorgung eines Geschäftes aufträgt, der andere sich zur unentgeltlichen Besorgung dieses Geschäftes verpflichtet.

II. Begriff des Schadens.

Bei den Ansprüchen, die der Gesetzgeber dem Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber gewährt, kommt die Bestimmung des § 670 BGB. in Betracht. Hiernach ist der Auftraggeber dem Beauftragten zum Ersatze von „Aufwendungen" verpflichtet, die dieser zum Zweck der Ausführung des Auftrages macht und nach den Umständen für erforderlich halten darf. Da die vorliegende Arbeit die Frage, inwieweit der Auftraggeber dem Beauftragten die von ihm erlittenen Schäden zu ersetzen hat, behandeln soll, ist zunächst das Verhältnis von „Aufwendung" und „Schaden" zu untersuchen, da, wie eingangs der Arbeit erwähnt wurde, der Gesetzgeber den Begriff und den Anspruch aus „Schaden" im 10. Titel unberücksichtigt gelassen hat.

Geht man vom allgemeinen Sprachgebrauch aus, so hat man unter Aufwendung die Aufgabe eines Vermögenswertes zur Erreichung eines bestimmten Zweckes zu

verstehen. [7]) Diesen Sinn legen auch übereinstimmend Wissenschaft und Rechtsprechung dem Ausdruck „Aufwendung" bei. [8]) Es muß sich zunächst um einen Vermögenswert handeln. Hierbei ist die Einschränkung zu machen, daß Opfer an Arbeitskraft oder Zeit nicht als eine Aufgabe von Vermögenswerten anzusehen sind. Die Arbeitskraft dient zur Erzeugung von Vermögenswerten. Sie ist aber nicht selbst ein Vermögensbestandteil. [9]) Wesentlich ist ferner, daß der Handelnde sich freiwillig eines Vermögenswertes entäußert, und weiter, daß er damit einen bestimmten Zweck fördern will. Freiwillig ist die Preisgabe eines Vermögenswertes dann, wenn man sie bewußt und aus eigener freier Willensentschließung auf sich nimmt. Die Absicht, einen bestimmten Zweck zu erreichen, unterscheidet die Aufwendung von einer bloßen bewußten Aufgabe eines Vermögenswertes, wie z. B. im Falle der Dereliktion.

Eine Unterart der Aufwendung ist die Verwendung. Sie beschränkt sich in ihrem Zweck auf die Erhaltung oder Verbesserung einer Sache. [10])

Als Aufwendungen im Sinne des § 670 BGB. sind nicht nur die Vermögensopfer anzusehen, die der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrages auf sich nimmt, sondern auch die Unkosten, die als notwendige Folge der Ausführung in untrennbarem Zusammenhang damit stehen, und die dem Auftraggeber selbst erwachsen wären, wenn er das Geschäft unmittelbar ausgeführt hätte. [11])

Sind hiermit die wesentlichen Merkmale der Aufwendung gekennzeichnet, so bleibt noch der Begriff

---

7) Böckel, a. a. O., S. 390.
8) Vgl. Enneccerus, Bd. II, § 15, I; v. Tuhr actio, S. 38 und und 94/95; Oertmann, § 670 Anm. 2; Böckel, a. a. O., S. 399ff.; RGZ 122 303; JW. 1909, S. 311.
9) Lothmar, a. a. O., S. 84ff., S. 136; Oertmann, a. a. O., § 670, Anm. 2.
10) Baring, a. a. O., S. 464.
11) Vgl. Enneccerus, Bd. II, § 159, Note 3; Oertmann, § 670, Anm. 2; Planck § 670, Anm. 2; RGZ. Bd. 75/212.

des Schadens, insoweit er in diesem Zusammenhange von Bedeutung ist, zu bestimmen. Unter Schaden in weiterem Sinne ist jede Einbuße einer Person an ihren Lebensgütern zu verstehen. Im Privatrecht ist dieser Schadensbegriff aber nach zwei Richtungen hin eingeengt. Einmal wird unter Schaden regelmäßig nur ein Vermögensschaden verstanden (§ 253 BGB.). Dieser Begriff wird allerdings auch auf jede nur mittelbare, z. B. im Gefolge einer Körperverletzung eingetretene Vermögenseinbuße ausgedehnt. [12]) Ferner wird nur der Nachteil als Schaden bezeichnet, den jemand gegen seinen Willen erlitten hat, der Nachteil, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge überhaupt nicht oder wenigstens noch nicht zu erwarten war. [13]) Schaden ist demnach ein Vermögensnachteil, den man erlitten hat, ohne mit seinem Eintreten gerechnet zu haben. [14])

III. Die Haftung des Auftraggebers nach dem BGB.

1. Die Haftung für Verschulden.

a) Verschulden des Auftraggebers.

In ihrer Mehrheit kennt die Rechtslehre nur eine Haftung des Auftraggebers für verschuldete Schäden. [15])

Diese Haftung ergibt sich aus der allgemeinen Bestimmung des BGB., daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 276 BGB.). Auch für den Auftrag gilt diese Regel. Auftraggeber und Beauftragter haften bei der Erfüllung ihrer Vertragspflichten für Vorsatz und Fahrlässigkeit. [16]) Nun könnte man meinen, auf seiten des Auftraggebers fehle es an einem Sub-

12) Böckel, a. a. O., S. 394.
13) Böckel, a. a. O., S. 393.
14) v. Thur, actio, S. 34.
15) Planck, a. a. O., Anm. 3 zu § 670; Endemann, a. a. O., § 173, S. 1085, N. 21; Windscheid-Kipp. a. a. O., § 410, S. 804; Rümelin im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 88/313 ff.; Fischer-Henle, a. a. O., Anm. 4 zu § 670; Staudinger, a. a. O., Anm. 6 zu § 670.
16) Enneccerus, Bd. II, § 158, S. 529; Staudinger, a. a. O., Vorbemerkung 5 zu § 662.

strat für eine Vertragsverletzung, da der Auftrag zu den unvollkommen zweiseitigen Verträgen gehört, und das Gesetz in den §§ 669 und 670 nur bedingte Verpflichtungen des Auftraggebers enthält. Denn die Pflicht zur Vorschußleistung für die Aufwendungen und zum Ersatz der Aufwendungen tritt erst als Folge der Ausführung des Auftrages ein, während das Gesetz mit dem Abschluß des Auftragsvertrages noch keine Vertragspflicht des Auftraggebers entstehen läßt. Innerhalb eines Schuldverhältnisses bestehen aber außerhalb der Hauptpflicht noch gewisse Nebenpflichten, die sich von selbst, ohne von dem Willen der Parteien umfaßt zu sein, aus dem die Leistung beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben ergeben. [17]) Lehmann [18]) spricht in diesem Zusammenhang von zwei besonderen Nebenpflichten, nämlich einer negativen Pflicht zur Nichtvereitelung des Obligationszwecks und einer positiven Pflicht zur Erhaltung der Obligationsmöglichkeit. Auf den Auftrag angewandt, bedeutet dieser Grundsatz, daß der Auftraggeber sein Verhalten so einzurichten hat, daß er die Durchführung des Auftrages nicht gefährdet. Eine solche Gefährdung würde eintreten, wenn der Auftraggeber den Beauftragten einer Schädigung aussetzt. So handelt der Auftraggeber schuldhaft, wenn er Vorrichtungen oder Gerätschaften, die zur Ausführung des Auftrages erforderlich sind, nicht ordnungsmäßig instand hält und dadurch eine Verletzung des Beauftragten verursacht. [19]) Der Auftraggeber hat hierbei Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Was die Fahrlässigkeit angeht, so könnte man daran denken, dem Auftraggeber mit Rücksicht auf die Natur des Auftragsvertrages ein gesteigertes Maß von Sorgfalt aufzuerlegen. Und zwar ließe sich dafür geltend machen, daß beim Auftrag die Verpflichtungen des Beauftragten besonders gesteigert sind. Während nämlich nach der allgemeinen Regel des Ge-

17) Zitelmann, a. a. O., S. 272/273.
18) Lehmann, a. a. O., S. 171.
19) Staudinger, a. a. O., § 670; Anm. 6; Planck, § 262 Bem. 6a.

setzes eine Partei, die von einem Rechtsgeschäft selbst keinen Vorteil hat, nur in gemilderter Form haftet — z. B. haften Schenker (§ 521) und Verleiher (§ 599) nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit — trifft den Beauftragten, der doch den Auftrag unentgeltlich und in fremdem Interesse ausführt, die allgemeine Haftung des § 276 BGB. Er haftet also für jede Fahrlässigkeit. [20]) Um diese Benachteiligung des Beauftragten auszugleichen, ließe sich, wie gesagt, daran denken, an die Sorgfalt des Auftraggebers erhöhte Anforderungen zu stellen. [21]) Gewiß würde damit dem Erfordernis der Billigkeit Rechnung getragen. Das Gesetz läßt aber eine solche Ausdehnung der Haftung des Auftraggebers nicht zu. Der Begriff der Fahrlässigkeit ist in § 276 BGB. einheitlich festgelegt. Eine besondere Fahrlässigkeit für den Auftraggeber gibt es nicht. Der Maßstab für die Fahrlässigkeit ist auch beim Auftraggeber lediglich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.

Eine besondere Bedeutung hat das Verschulden des Auftraggebers für die Fälle, in denen der Auftraggeber dem Beauftragten einen gefährlichen Auftrag erteilt, ohne ihn auf die Gefährlichkeit hinzuweisen. Hier kann von der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, wie sie in den vorhergehenden Ausführungen gekennzeichnet wurde, keine Rede sein. Solche Nebenpflichten entstehen erst mit dem Abschluß eines Vertrages. Das Unterlassen des Hinweises auf die Gefahr liegt aber vor dem Abschluß des Auftragsvertrages, sodaß in diesem Zeitpunkt eine vertragliche Pflicht des Auftraggebers, die Durchführung des Auftrages nicht zu gefährden, noch nicht besteht. Wohl aber ist in einem solchen Falle der Auftraggeber aus dem Gesichtspunkte der „culpa in contrahendo" haftbar zu machen.

Die Haftung für „culpa in contrahendo" wird heute in Rechtslehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt. [22])

20) Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB., S. 252.
21) So Orthal, a. a. O., S. 32 ff.
22) Unter anderen: Staudinger Vorbem. B I, 2 zu § 275; RGRK. § 276 Anm. 3; Leonhard, allg. Schuldr. d. BGB., S. 544 ff. RGZ. 95/58; 103/49; 107/357.

Es mag genügen, das Wesen der „culpa in contrahendo" kurz mit den Worten Jherings [23]) zu kennzeichnen: „Wer kontrahiert, tritt damit aus dem rein negativen Pflichtenkreis des außerkontraktlichen Verkehrs in den positiven der Kontraktsphäre, von dem Gebiet der bloßen culpa in faciendo auf das der culpa in nonfaciendo, der positiven diligentia, und die erste und allgemeinste Verpflichtung, die er damit übernimmt, ist die, beim Kontrahieren selbst bereits die nötige diligentia aufzuwenden." Allein die Tatsache, daß der Auftraggeber mit einem anderen vertragliche Beziehungen anknüpft, begründet für ihn die Pflicht, alle Umstände, die für die Ausführung des Auftrages von Wichtigkeit sind, und die eine Gefährdung des Beauftragten bedeuten können, auf ihre Gefährlichkeit hin zu prüfen und den Beauftragten zutreffendenfalls auf die gefährdenden Umstände aufmerksam zu machen. [24]) Kommt der Auftraggeber dieser Pflicht nicht nach, und entsteht dem Beauftragten infolgedessen aus der Durchführung des Auftrages ein Schaden, so ist der Auftraggeber ersatzpflichtig. Dabei ist es gleich, ob der Auftraggeber den gefährlichen Umstand wissentlich verschwiegen, oder ob er eine Gefahr, die er bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen, fahrlässigerweise übersehen und daher dem Beauftragten nicht mitgeteilt hat.

b) Verschulden des Beauftragten.

Um die Ersatzpflicht eines anderen zu begründen, bedarf es immer eines besonderen Entstehungsgrundes. Im vorigen Abschnitt gründete sich der Ersatzanspruch des Beauftragten gegen den Auftraggeber auf das Verschulden des Auftraggebers. Es wäre falsch, anzunehmen, daß der Beauftragte auch einen solchen Schaden von dem Auftraggeber ersetzt verlangen kann, den er durch sein eigenes und ohne jegliches Verschulden des

23) a. a. O., S. 41ff.
24) Vgl. Oertmann § 670, 3b; Staudinger § 670 Anm. 6; RGRK. § 670 Anm. 2.

Auftraggebers erlitten hat. Es bewendet in diesem Falle bei dem römischen Satze: „casus a nullo praestantur", oder nach der positiven Seite ausgedrückt: „casum sentit dominus", der Schaden bleibt auf dem Herrn des geschädigten Gutes sitzen. [25]) Den erlittenen Schaden hat der Beauftragte selbst zu tragen, ohne Ersatzansprüche gegen den Auftraggeber stellen zu können. [26])

c) Haftung bei Mitverschulden des Beauftragten.

Hat bei der Entstehung des Schadens, für dessen Ersatz nach dem vorhergehenden Teil a) der Arbeit die Person des Auftraggebers in Frage kommt, der Beauftragte mitgewirkt, dann kommen für die Geltendmachung eines Anspruches gegen den Auftraggeber die in § 254 BGB. aufgestellten Möglichkeiten in Betracht. Das Gesetz will die Entscheidung auf die besonderen Umstände des Falles, insbesondere auf die vorwiegende Verursachung abgestellt wissen. In erster Linie ist in den in Betracht kommenden Fällen zu prüfen, ob der nachteilige Erfolg vorwiegend auf das Verhalten des einen oder des anderen Teiles ursächlich zurückzuführen ist. [27]) Die Höhe des Ersatzanspruches richtet sich nach dem Grade des Mitverschuldens des Einzelnen, sodaß diesem Grade gemäß die Verteilung des Schadens auf die Beteiligten erfolgt. Trifft bei Ausführung des Auftrages hinsichtlich der Herbeiführung eines Schadens den Beauftragten und den Auftraggeber ein Verschulden, dann hat der letztere dem Beauftragten nur insoweit den erlittenen Schaden zu ersetzen, als ihn anteilmäßig ein Verschulden trifft. Den restlichen Schaden muß der Beauftragte selbst tragen. Unter Umständen kann sogar, wenn das Verschulden des Beauftragten weit über-

25) Hedemann, Schuldrecht, § 48, I.

26) Denn wenn schon der Geschädigte den durch Zufall eingetretenen Schaden zu tragen hat, dann muß er ihn erst recht tragen, wenn er ihn durch eigenes Verschulden herbeigeführt hat.

27) RGRKom. § 254 Anm. 1.

wiegt, der Auftraggeber, obschon er schuldhafterweise den Hinweis auf die drohende Gefährdung unterlassen hatte, von seiner Ersatzpflicht vollkommen frei werden.

2. Die Haftung des Auftraggebers für zufällige Schäden des Beauftragten.

Aus dem Gesichtspunkt der Verschuldenshaftung läßt sich für eine Reihe von Schadensfällen, die den Beauftragten bei der Ausführung des Auftrages treffen können, eine befriedigende Lösung finden. Die Mehrzahl der Schriftsteller [28]) beschränkt sogar die Ersatzpflicht des Auftraggebers auf diese Fälle eines verschuldeten Schadens und versagt dem Beauftragten im Falle eines zufälligeen Schadens jeglichen Ersatzanspruch. Zur Begründung wird die Entstehungsgeschichte des BGB. herangezogen, aus der sich ergebe, daß der Gesetzgeber eine Haftung für zufällige Schäden nicht gewollt habe. Mangels einer besonderen Bestimmung sei die Frage der Schadenshaftung des Auftraggebers nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. zu entscheiden. Danach könne aber nur dann Ersatz eines Schadens verlangt werden, wenn der Schaden auf das Verschulden eines anderen zurückzuführen sei, oder wenn eine Haftung durch Vertrag festgelegt worden sei. Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschriften über den Auftrag geht aber lediglich hervor, daß der Gesetzgeber eine generelle Regelung der Ersatzpflicht des Auftraggebers nicht hat treffen wollen. Aus der Begründung, mit der die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das BGB. abgelehnt wurde, läßt sich jedoch entnehmen, daß die Haftung des Auftraggebers für zufällige Schäden, soweit sie sich aus allgemeinen Vorschriften des BGB. ergibt, nicht ausgeschlossen werden sollte.

Von anderer Seite hat man versucht, den Interessen des Beauftragten besser gerecht zu werden und auch bei zufälligen Schäden einen Haftungsgrund für den Er-

28) Siehe Anm. 15 S. 11 dieser Abh.

satz des Schadens durch den Auftraggeber zu finden. Grundsätzlich kennt das BGB. allerdings nur das Prinzip der Verschuldenshaftung. Jedoch tritt in einigen singulären Fällen eine Kausalhaftung ein. Hierhin gehört u. a. die Haftung des Gastwirts für eingebrachte Sachen (§ 701 BGB.) und die Tierhalterhaftung (§ 833 BGB.). Man könnte nun vielleicht daran denken, das Prinzip der Gefährdungshaftung, das in diesen Vorschriften zum Ausdruck kommt, auch auf die zufälligen Auftragsschäden anzuwenden, in der Erwägung, daß der Auftraggeber durch die Erteilung des Auftrags die Schäden des Beauftragten verursacht hat. Die erwähnten Fälle sind aber nur Ausnahmen vom allgemeinen Grundsatz der Verschuldenshaftung. [29]) Die Anwendung des in ihm ausgesprochenen Prinzips muß sich daher auf die von den Spezialvorschriften unmittelbar erfaßten Fälle beschränken. Diese Vorschriften gehen nämlich davon aus, daß allgemein eine Gefährdung vorliegt, so für den Gast hinsichtlich der eingebrachten Sachen und für Dritte durch das von jemandem gehaltene Tier. Ein solcher genereller Gefahrenzustand besteht jedoch beim Auftrag nicht. Auf die zufälligen Schäden des Beauftragten kann daher das Prinzip der Gefährdungshaftung nicht angewandt werden. Die Schriftsteller, die einen Ersatz dieser Schäden durch den Auftraggeber befürworten, haben denn auch nach einer anderen Begründung für ihre Ansicht gesucht. Sie folgen teils der bei den Kommissionsberatungen über den Entwurf des BGB. geäußerten Auffassung, die Haftung für Schäden werde in vielen Fällen von der Verpflichtung zum Ersatz der Aufwendungen mitumfaßt. Teils berufen sie sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben.

a) Die Haftung für zufällige Schäden aus dem Gesichtspunkt der Aufwendungen.

Gewiß liegt es nahe, durch eine einfache Ausdehnung des Begriffs der Aufwendung zu einer Ersatzpflicht

29) Enneccerus, § 199, S. 558; Böckel, a. a. O., S. 412.

des Auftraggebers auch hinsichtlich der zufälligen Schäden zu gelangen. Inwieweit dieser Weg gangbar ist, wird sich aus einer vergleichenden Gegenüberstellung der wesentlichen Merkmale von Aufwendung und Schaden ergeben.

Ein Vergleich der Aufwendung mit dem Schaden ergibt insoweit eine Übereinstimmung der beiden Begriffe, als ihnen eine Vermögensminderung gemeinsam ist. Dieser äußerlichen Übereinstimmung steht aber der innere Gegensatz zwischen gewolltem und unfreiwilligem Vermögensverlust gegenüber. Das Gesetz trägt diesem Unterschiede Rechnung, indem es den Anspruch auf Schadensersatz und den Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen verschieden geregelt hat. (§§ 249 ff. und §§ 256 ff. BGB.). Der Schadensersatzanspruch geht auf Wiederherstellung der Vermögenslage, in der sich der Geschädigte vor Eintritt des Schadensfalles befand. Dabei ist nicht nur der positive Schaden, sondern auch der entgangene Gewinn zu ersetzen. Jede Vermögensminderung, die in ursächlichem Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis steht, ist auszugleichen. [30]) Der Aufwendungsersatzanspruch dagegen berechtigt den Beauftragten lediglich, für die von ihm notwendiger- bezw. nützlicherweise zugunsten des Auftraggebers gemachten Auslagen Wertersatz in Geld zu verlangen. Und zwar ist für den Ersatzanspruch der Wert maßgebend, den der aufgewendete Vermögensgegenstand im Zeitpunkt der Hingabe hatte. Wenn der Beauftragte etwa zum Zwecke der Geldbeschaffung ihm gehörige Wertpapiere veräußert hat, so kann er nur die von ihm zur Verfügung gestellte Geldsumme, nicht aber den durch eine spätere Kurssteigerung erhöhten Wert der Papiere ersetzt verlangen. [31])

Auch bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches und des Anspruchs auf Ersatz der Aufwen-

30) Vgl. Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden, S. 1; N. 1; v. Thur, actio S. 34ff.; Böckel, a. a. O., S. 405.
31) Vgl. v. Thur, actio, S. 41.

dungen zeigt sich ihre Verschiedenheit.. Während der letztere auf Verlangen durch genaue Rechnungslegung bewiesen werden muß, braucht beim Schadensersatz der Beweis des Schadens, „wo er eben durch die Folgen des schadenbringenden Ereignisses erschwert ist, nicht strikte geführt zu werden". [32])

Sind damit die wesentlichen Merkmale der Begriffe „Aufwendung" und „Schaden" gegenübergestellt, so sind im folgenden die einzelnen Theorien zu untersuchen, die unter dem Gesichtspunkt der Aufwendung eine Ersatzpflicht des Auftraggebers für die Schäden des Beauftragten zu begründen versuchen.

Am weitesten geht in dieser Hinsicht Brückmann. [33]) Er rechnet alle Schäden des Beauftragten zu den Aufwendungen, soweit die verursachende Handlung durch die Sachlage geboten war. Nur die Schäden nimmt er aus, die sich in Bezug auf die Ausführungshandlung als etwas von außen Herantretendes darstellen, im Gegensatz zu den Schäden, die auf ein inneres Moment der zweckentsprechenden Ausführungshandlung zurückzuführen sind. Nach Brückmann genügt es, um zur Annahme einer Aufwendung zu kommen, daß der Beauftragte die verursachende Handlung gewollt hat. Auf die schädlichen Folgen seiner Handlung, die Unkosten oder anderen Vermögensminderungen, sei der Wille des Beauftragten gar nicht gerichtet. Er nehme sie notgedrungen in Kauf, weil er nicht anders könne, wenn der Auftrag ausgeführt werden solle.

Enneccerus [34]) und Oertmann [35]), die grundsätzlich den Unterschied zwischen Aufwendung und Schaden anerkennen, vertreten den Standpunkt, daß die Grenze zwischen den beiden Begriffen nicht immer klar gezogen werden könne. Wenn die Ausführung des Auf-

---

32) von Thur, a. a. O., S. 35.
33) a. a. O., S. 196; ebenso Orthal, a. a. O., S. 35ff.
34) Enneccerus, a. a. O., S. 492, 493, Anm. 3.
35) Oertmann, a. a. O., § 670, 3b, vgl. auch RGZ, Bd. 94/169; 96/163; 98/195.

trags mit Sicherheit oder großer Wahrscheinlichkeit gewisse Schäden mit sich bringe, so könnten diese Schäden unter den Gesichtspunkt einer Aufwendung für den Zweck der Geschäftsbesorgung gebracht werden. Unter Aufwendung sei jede, die Ausführung des Auftrags bezweckende oder als notwendige Folge der Ausführung erscheinende Aufopferung von Vermögenswerten zu verstehen. Wenn jemand, um den Auftrag auszuführen, bewußt seine Vermögenswerte einer Gefahr aussetze, so liege darin eine bedingte Aufwendung. Soweit die Vermögenswerte geschädigt würden, seien sie aufgewandt. Auch bei einer Aufopferung oder Gefährdung von Leib und Leben könne die dadurch hervorgerufene mittelbare Aufopferung oder Gefährdung von Vermögenswerten unter den Begriff der Aufwendung gebracht werden. Habe der Beauftragte auch die Schäden nicht freiwillig übernommen, so habe er doch immerhin die Gefahren, aus denen die Schäden erwachsen seien, freiwillig auf sich genommen. Er könne daher für derartige Schäden wie für Aufwendungen Ersatz beanspruchen.

Durch analoge Anwendung des § 670 BGB. sucht Höniger [36]) eine Ersatzpflicht des Auftraggebers für gewisse Schäden des Beauftragten zu begründen.

Was zunächst die Ansicht Hönigers betrifft, so ist bei der Stellungnahme dazu von dem Wesen der Gesetzesanalogie auszugehen. Unter Gesetzesanalogie versteht man die Anwendung einer Rechtsnorm, die einen bestimmten Tatbestand regelt, auf einen anderen, gesetzlich nicht geregelten Tatbestand, der dem ersteren verwandt ist und mit ihm die wesentlichen Merkmale gemeinsam hat. [37]) Die Analogie bietet eine Handhabe, den Grundgedanken des Gesetzes auch dort, wo eine positive Regelung fehlt, zur Anwendung zu verhelfen. Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 670 BGB. auf die Schäden des Beauftragten wäre die Gleich-

36) Höniger, a. a. O., S. 272 ff.
37) Dernburg, Pandekten, 1. Bd., § 38, S. 83.

artigkeit von Schaden und Aufwendung. Die oben angestellte Untersuchung über den Begriff des Schadens und der Aufwendung hat aber eine grundlegende Verschiedenheit der beiden Begriffe ergeben. Hier eine unfreiwillige Vermögenseinbuße — dort ein gewolltes Vermögensopfer. Unter diesen Umständen kann von einer Analogie, die sich auf die Wesensähnlichkeit der zu erfassenden Tatbestände gründet, keine Rede sein. [38])

Der Wesensunterschied zwischen Aufwendung und Schaden ist auch maßgebend für die weitere Untersuchung, inwieweit durch eine unmittelbare Anwendung des § 670 BGB. eine Ersatzpflicht des Auftraggebers hinsichtlich der Schäden des Beauftragten gerechtfertigt werden kann. Der Theorie Brückmanns kann man insoweit folgen, als sie unterscheidet zwischen den Schäden, die nur gelegentlich der Ausführung des Auftrages eintreten, und solchen Schäden, die in innerem Zusammenhang mit der zweckdienlichen Ausführungshandlung stehen. Die Handlung, mit der die Gefahr verbunden ist, muß zur Ausführung des Auftrags unbedingt notwendig sein, sodaß die Gefahr zur Erreichung des Auftragszweckes übernommen werden muß. Damit wird dem Moment der Zweckerreichung, das, wie oben ausgeführt, das eine Wesensmerkmal der Aufwendung ist, Rechnung getragen. Brückmann aber begeht den Fehler, dieses Moment allein für genügend zu erachten, um eine Aufwendung anzunehmen. Das weitere Erfordernis der freiwilligen Aufgabe eines Vermögenswertes erkennt er nicht an. Damit verkennt er das Wesen der Aufwendung und legt ihr willkürlich einen Sinn bei, der durch nichts gerechtfertigt ist.

Gegen eine derart weitgehende Subsumierung der Schäden unter den Begriff der Aufwendung, wie Brückmann sie vornimmt, äußert Leonhard noch ein beachtliches sachliches Bedenken. [39]) Er führt aus, wenn man

8) Böckel, a. a. O., S. 405 ff.; Oertmann, a. a. O., § 670, Anm. 3 b.
39) Bes. Schuldrecht des BGB., S. 252.

den Begriff der Anwendung beim Auftrag soweit ausdehnen wollte, so müßte man auch in allen anderen Fällen zu einer gleichen Auslegung kommen. Die Folge davon würde das unhaltbare Ergebnis sein, daß der Vermieter dem Mieter haften müsse, wenn dieser bei einer notwendigen gefährlichen Ausbesserung zum Fenster hinausfalle.

Aber auch der von Enneccerus aufgestellte Begriff der bedingten Aufwendung führt zu einer Verwischung des grundlegenden Unterschieds zwischen Aufwendung und Schaden. Wenn der Beauftragte eine Gefahr bewußt auf sich nimmt, so wird doch der daraus entstehende Schaden noch nicht zu einem freiwilligen Vermögensopfer. Mag man auch voraussehen, daß ein Schaden mit großer Wahrscheinlichkeit eintreten wird, so wird man doch natürlicherweise bis zum Eintritt des Schadens immer noch hoffen, ihm zu entgehen. Es lassen sich allerdings auch Fälle denken, in denen ein Schaden mit absoluter Sicherheit eintreten muß. Nimmt in einem solchen Falle der Beauftragte, um den Auftrag auszuführen, die Gefahr auf sich, obschon er sich bewußt ist, daß er damit unweigerlich auch den Schaden auf sich nimmt, so sind die Voraussetzungen des § 670 BGB. gegeben. Der Schaden ist dann von einer unfreiwilligen Vermögenseinbuße zu einem gewollten Vermögensopfer, und damit zur Aufwendung geworden. [40]) Praktisch werden solche Fälle einer freiwilligen Aufopferung, wenn es sich dabei um eine Gefahr für Leib und Leben handelt, selten vorkommen und zwar normalerweise nur dann, wenn den Beauftragten ein starker innerer Impuls antreibt, den drohenden Schaden auf sich zu nehmen. Es ist hier an den Fall zu denken, daß jemand auf Bitten des Vaters ein Kind aus einem brennenden Hause rettet. In diesem Falle würden keine Bedenken bestehen, dem Beauftragten seine Kleiderschäden und die Kurkosten für seine Brandwunden als

40) Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 252.

Aufwendungen ersetzen zu lassen, da er freiwillig eine Vermögenseinbuße zur Erreichung des Auftragszwecks auf sich genommen und damit den Tatbestand der Aufwendung verwirklicht hat.

Auch die in § 670 BGB. gemachte Einschränkung „die er den Umständen nach für erforderlich halten darf", steht in dem angeführten Falle der Anwendung des § 670 nicht entgegen. In den normalen Schadensfällen ist zwar, da es sich hier um ungewollte Opfer handelt, für eine Überlegung des Beauftragten, ob er den Schaden für erforderlich halten darf, kein Raum. In dem angeführten Falle aber, wo es sich um ein bewußtes und gewolltes Opfer des Beauftragten handelt, fällt dieses Bedenken fort.

Ebenso greift in dem angeführten Falle das von Michaelis [41]) geäußerte praktische Bedenken nicht durch: der Beauftragte würde schwerlich seinen Ersatzanspruch verwirklichen können, da er die innere Tatsache, daß er den Schaden freiwillig auf sich genommen habe, kaum beweisen könne. Wenn der Eintritt des Schadens mit unbedingter Sicherheit vorauszusehen war, braucht der Beauftragte nicht erst zu beweisen, daß er mit dem Verlust schon vor der Ausführung des Auftrags bestimmt gerechnet hat.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß der Beauftragte nur diejenigen zufälligen Schäden als Aufwendungen ersetzt verlangen kann, die er zur Durchführung des Auftrages bewußt und gewollt auf sich genommen hat. Eine weitere Ausdehnung der Ersatzpflicht des § 670 BGB. auf zufällige Schäden würde die Anerkennung einer gesetzlichen Zufallshaftung bedeuten. Eine generelle Zufallshaftung aber kennt das BGB. nicht. Grundsätzlich muß ein Schaden, der nicht auf das Verschulden eines Menschen zurückzuführen ist, von demjenigen getragen werden, den er getroffen hat. Eine andere Verteilung des Schadens kommt nur dann in

41) a. a. O., S. 21.

Frage, wenn ein besonderer Grund zur Abwälzung des Schadens vorliegt, sei es, daß eine besondere gesetzliche Regelung in einem Spezialfalle eine Zufallshaftung zuläßt, oder sei es, daß durch Parteivereinbarung eine dahin gehende Regelung getroffen worden ist.

b) Die Haftung für zufällige Schäden nach Treu und Glauben.

Eine verbreitete Lehrmeinung billigt dem Beauftragten einen Ersatzanspruch für zufällige Schäden aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu. Als Vertreter dieser Auffassung sind vor allem Crome [42]) und Dernburg [43]) zu nennen. Sicherlich entspricht es dem allgemeinen Billigkeitsgefühl, dem Beauftragten einen Ersatzanspruch auch für zufällige Schäden zuzugestehen. Der Beauftragte ist in fremdem Interesse tätig. Alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, muß er dem Auftraggeber herausgeben. Dagegen bezieht er kein Entgelt für seine Tätigkeit. Der Auftrag bedeutet also eine rein einseitige Belastung des Beauftragten. Sollte dieser nun auch den zufällig erlittenen Schaden allein tragen, so wäre das ein höchst unbilliges Ergebnis. Die Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben ist daher in diesem Zusammenhange durchaus gerechtfertigt. Es fragt sich nur, auf welche von den beiden Gesetzesvorschriften, in denen der Grundsatz von Treu und Glauben ausgesprochen ist, ein Ersatzanspruch des Beauftragten hinsichtlich der zufälligen Schäden gestützt werden kann. In Frage kommen die §§ 157 und 242 BGB.

Was zunächst die letztere Vorschrift angeht, so besagt sie, daß der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Wesentlich ist hierbei, daß § 242 von einem bestehenden Schuldverhältnis aus-

42) Crome, a. a. O., Bd. II, § 252, III, 2b.
43) Dernburg, Bürg. Recht, Bd. II, 2 § 397, III.

geht, das eine, sei es durch Parteivereinbarung, sei es durch Gesetz bereits festgestellte Leistung zum Inhalt hat. § 242 kann aber nicht selbständig eine Verpflichtung zur Leistung begründen. Lediglich die Modalitäten der Leistungsbewirkung können unmittelbar aus § 242 hergeleitet werden. [44]) Allerdings ist die Einschränkung zu machen, daß innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses auf Grund des § 242 wohl gewisse Nebenpflichten zur Entstehung gelangen können, auf die der Wille der Parteien nicht gerichtet zu sein braucht, und die unmittelbar auf dem die Leistung beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben beruhen. Nach Treu und Glauben obliegt den Vertragsparteien vor allem die Nebenverpflichtung, die Obligationsmöglichkeit zu erhalten. [45]) Man könnte nun erwägen, ob dem Auftraggeber nicht aus diesem Gesichtspunkte die Haftung für zufällige Schäden des Beauftragten aufzuerlegen sei. Diese Folgerung ist jedoch abzulehnen. Man käme dadurch zu einer Ausweitung des Begriffs der vertraglichen Nebenpflicht, die dem Wesen derselben widerspräche. Von einer Schadensersatzpflicht des Auftraggebers kann man nicht sagen, sie diene dazu, die Durchführung des Auftrages zu sichern. Die Durchführung des Auftrages kann wohl dadurch in Frage gestellt werden, daß der Auftraggeber dem Beauftragten eine mit der Aufführung des Auftrages verbundene Gefahr verschweigt, sie ist aber nicht davon abhängig, daß der Beauftragte einen Anspruch auf Ersatz der erlittenen Schäden hat.

Der § 242 BGB. ist daher als Grundlage für die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers abzulehnen.

Es bleibt zu prüfen, ob der § 157 BGB. für diesen Zweck brauchbar ist. Nach § 157 sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Diese Bestimmung bietet

---

44) Vgl. Planck, Bd. I, 1 § 242 Anm. 2 u. 3a; Oertmann, § 670 Anm. 3b.

45) Siehe oben S. 12 der Arbeit.

die weitgehende Möglichkeit, einen Vertrag in seinem ganzen Umfange nach dem Grundsatz der Billigkeit auszulegen. Eine solche Auslegung kommt einmal in Frage, wenn sich in den Vertragsbestimmungen Unklarheiten befinden, die den Sinn der Parteivereinbarungen nicht eindeutig erkennen lassen. Es ist dann aus Inhalt und Zweck des Vertrages der Wille der Parteien und der Sinn ihrer Erklärungen zu ermitteln. Andererseits kann auch, wenn die Parteien etwa bei Abschluß des Vertrages die Regelung einzelner Punkte übersehen haben, für diese Vertragslücken im Wege der Auslegung eine Regelung gefunden werden, indem man nach den Richtlinien, die sich aus Sinn und Inhalt des Vertrages ergeben, die fehlenden Vertragsbestimmungen ergänzt. [46])

Wenn nun im folgenden untersucht werden soll, inwieweit dem Beauftragten im Wege der Auslegung gemäß § 157 BGB. für zufällige Schäden ein Ersatzanspruch gewährt werden kann, so ist vorweg zu bemerken, daß für diese Untersuchung nur diejenigen Fälle in Betracht kommen, in denen mit der Ausführung des Auftrags eine Gefahr verbunden war, die bei der Auftragserteilung vorausgesehen werden konnte. Jedoch haben diejenigen Fälle auszuscheiden, in denen nur der Beauftragte die Gefahr gekannt hat. In einem solchen Falle entspräche es nicht der Billigkeit, den Auftraggeber, dem die Gefahr unbekannt war, für den Schaden haften zu lassen. Der Beauftragte konnte ja den Auftrag ablehnen oder mit dem Auftraggeber unter Hinweis auf die Gefahr einen Ersatz der etwaigen Schäden vereinbaren. Macht der Beauftragte von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch, so kann angenommen werden, daß er die schädlichen Folgen der Auftragsausführung auf sich genommen hat. [47])

In den Fällen, in denen der Auftraggeber allein die Gefährlichkeit der Auftragsausführung gekannt hat und

---

46) RGRKom. Anm. 1 zu § 157.
47) RGRKom. Anm. 2 zu § 670.

den Beauftragten nicht auf die Gefahr hingewiesen hat, besteht ebenfalls kein Bedürfnis, auf dem Wege der Auslegung nach § 157 die Grundlage für einen Ersatzanspruch des Beauftragten zu suchen. Hier ist dem Beauftragten schon dadurch geholfen, daß der Auftraggeber ihm für den erlittenen Schaden wegen Verschuldens haftet. [48])

Es bleiben also für unsere Untersuchung nur die Fälle übrig, in denen die gefährliche Natur des Auftrags von beiden Vertragsparteien erkannt worden ist.

Die genannte Ergänzung, die § 157 zuläßt, besteht darin, daß solche Punkte, die bei Abschluß eines Vertrages von den Parteien bewußt oder unbewußt unerwähnt gelassen wurden, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ihre Regelung durch Auslegung des Vertrages finden. [49]) Hierdurch ist die Möglichkeit gegeben, die Haftung des Auftraggebers für Schäden des Beauftragten zu bejahen, wenn sie nach Treu und Glauben verlangt werden kann. Dies trifft in den erwähnten Fällen zu, wenn die Ausführung des Auftrages Gefahren mit sich bringt, und dies sowohl dem Auftraggeber als auch dem Beauftragten bekannt ist. Hat der Auftraggeber dem Beauftragten gegenüber in einem solchen Falle die Haftung für Schaden ausdrücklich übernommen, und muß er dann für vorkommende Schäden einstehen, so ist wohl gemäß § 157 auch beim Fehlen einer derartigen Garantieübernahme eine stillschweigende Übernahme des Risikos durch den Auftraggeber daraus zu entnehmen, daß dieser dem Beauftragten den gefährlichen Auftrag erteilt hat. [50]) [51])

Anders ist jedoch die Rechtslage, wenn bei Erteilung des Auftrages weder von dem Auftrageber noch von dem Beauftragten die gefährliche Natur des Auftrages erkannt wurde und auch nicht erkannt werden konnte.

---

48) Siehe oben S. 14 dieser Arbeit.
49) RGRKom. § 157 Anm. 1.
50) Planck, § 670, Anm. 5; Staudinger, § 670, Anm. 6.
51) Vgl. auch die Ausführungen auf S. 33 ff. dieser Arbeit.

Denn wenn der Auftraggeber die Gefährlichkeit des Auftrages nicht erkannt hat, dann kann in der Erteilung des Auftrages auch nicht die Erklärung eines Verpflichtungswillens des Auftraggebers gesehen werden, für einen eventuell eintretenden Schaden des Beauftragten die Garantie zu übernehmen. Ein solcher Verpflichtungswille könnte sich nur auf eine vorgestellte Gefährdung beziehen. Hier wird aber an eine Gefährdung garnicht gedacht. Der Ersatz einen eingetretenen Schadens kann daher auch nicht Inhalt des Auftragsvertrages sein. In einem solchen Falle ist und bleibt der Beauftragte der Geschädigte, d. h. er kann von dem Auftraggeber nicht Ersatz des erlittenen Schadens verlangen.

IV. Die Haftung des Auftraggebers bei sittenwidrigem Inhalt des Auftrags.

Rechtsgeschäfte, die „gegen die guten Sitten verstoßen", sind durch § 138 BGB. für nichtig erklärt. Ob ein Rechtsgeschäft diesen Verstoß in sich trägt, ist nicht nach der Anschauung einer bestimmten Klasse, sondern nach der Denkweise der gesamten Nation, [52]) nach dem Sittlichkeitsgefühl der billig und gerecht denkenden Volksgenossen zu entscheiden. [53])

Die Nichtigkeit besagt, daß die rechtsgeschäftlich beabsichtigten Folgen nicht eintreten können. Die Sachlage ist also so, als wäre ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht abgeschlossen worden, und die äußeren Geschehnisse, welche das Rechtsgeschäft zur Entstehung bringen sollten, können lediglich als tatsächliche Vorgänge gewertet werden. [54])

Ein rechtswirksamer Auftragsvertrag kann daher nicht zur Entstehung gelangen, wenn sein Inhalt gegen

52) Enneccerus, § 178, I; RGZ. 48/124.
53) RGZ. 48/124; 80/221; nach RGZ. 128/35 ist „Sittenwidrigkeit" anzunehmen, wenn das Verhalten „dem Anstandsgefühl der Volksgenossen mit einer dem Durchschnitt entsprechenden billigen und anständigen Gesinnung widerspricht."
54) RGRKom., § 138, Anm. 1.

die guten Sitten verstößt, oder unsittliche Beweggründe nach dem Willen des Auftraggebers und des Beauftragten den Inhalt des Auftrags beeinflussen, und sich dadurch der Auftrag, in seiner Gesamtheit betrachtet, nach Inhalt, Beweggrund und Zweck als sittenwidrig erweist. [55]) Da hier zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten keine rechtsgeschäftlichen Beziehungen entstehen, kann auch der Beauftragte gegen den Auftraggeber keine vertraglichen Ansprüche wegen des erlittenen Schadens geltend machen.

Dagegen können die als tatsächliche Vorgänge zu wertenden Handlungen des Beauftragten eine Schadensersatzpflicht des Auftraggebers nach den Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen begründen, falls die weiter verlangten Voraussetzungen gegeben sind.

V. Die Haftung des Auftraggebers für Schäden des Beauftragten bei Ausschluß der Haftung durch den Auftraggeber.

Es besteht in der Praxis die Möglichkeit, daß der Auftraggeber bei Erteilung des Auftrages dem Beauftragten gegenüber ausdrücklich die Haftung für die den Beauftragten treffenden Schäden ausschließt. Eine rechtsgeschäftliche Haftung kann dann nicht mehr bejaht werden; dagegen bleibt die Haftung wegen einer unerlaubten Handlung bestehen. In jedem Einzelfalle ist dabei zu prüfen, ob die in den §§ 823 ff. BGB. verlangten Voraussetzungen gegeben sind.

Zu beachten ist jedoch, daß die die Haftung ausschließende Klausel des Auftraggebers wirkungslos bleibt, wenn er den Schaden vorsätzlich herbeiführt, da gemäß § 276 Abs. 2 BGB. die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden kann. In diesem Falle bleibt die vertragliche Haftung des Auftraggebers bestehen.

55) Vgl. Enneccerus, allg. Teil, § 178, I, II und die dort angeführten Entscheidungen.

VI. Die Haftung für Schäden, die ein Dritter, dem der Beauftragte die Ausführung des Auftrages übertragen hat, bei Ausführung des Auftrages erleidet.

Das BGB. stellt in § 664 den Grundsatz auf, daß der Beauftragte im Zweifel die Ausführung des Auftrages einem Dritten nicht übertragen darf. Dies ist eine Auslegungsregel, und dort, wo aus dem Parteiwillen erhellt, daß dem Beauftragten die Übertragung gestattet ist, ist diese auch zulässig.

Ist die Übertragung der Ausführung des Auftrages gestattet, dann findet die in § 664 aufgestellte Regel Anwendung, wonach der Beauftragte den Schaden, den der Dritte verursacht hat, ersetzen muß, wenn er in der Auswahl und in der Unterweisung des Dritten schuldhaft gehandelt hat. [56]) Dagegen schweigt das Gesetz über die hier interessierende Frage, wer ersatzpflichtig ist, wenn der Dritte nicht einen Schaden verursacht, sondern ihn selbst erleidet. Da das Gesetz die Unterscheidung bei der Haftung für schädigende Handlungen des Dritten sowohl bei Gestattung als auch bei Unzulässigkeit der Übertragung der Auftragsausführung macht, empfiehlt es sich, diese Unterscheidung auch bei der hier zu behandelnden Frage zu treffen.

1. Die Haftung bei Gestattung der Übertragung der Auftragsausführung auf einen Dritten.

a) In der Gestattung der Übertragung der Auftragsausführung auf einen Dritten kommt der positive Wille des Auftraggebers zum Ausdruck, bei Annahme des Auftrags durch den Dritten diesen zur Ausführung des Geschäftes verpflichtet zu sehen. Voraussetzung ist dabei, daß beide Teile Kenntnis von der Übertragung und den daran Beteiligten haben. Der Dritte soll genau so verpflichtet sein, wie der unmittelbar Beauftragte des § 662. Wenn nun der Auftraggeber auf Grund der

56) Vgl. RGRKom. § 664, Anm. 2 und 3.

Annahme des weitergegebenen Auftrages durch den Dritten berechtigt ist, die Ausführung des Auftrages zu verlangen, dann müssen umgekehrt auch dem Dritten die Rechte gegen den Auftraggeber zustehen, die beim Auftrage im Sinne des § 662 dem Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber zukommen. Das entspricht wohl dem Grundsatz von Treu und Glauben. Daraus ergibt sich die Folgerung, daß der Dritte, wenn er bei Ausführung des Auftrags einen Schaden erleidet, genau die gleichen Ansprüche stellen kann, wie der Beauftragte. Auch hier sind die Fälle zu unterscheiden, in denen entweder den Auftraggeber oder den Beauftragten oder beide hinsichtlich der Herbeiführung des Schadens ein Verschulden trifft, oder in denen der Schaden durch ein zufälliges Ereignis eingetreten ist. Die oben aufgestellten Ergebnisse in den einzelnen Fällen gelten hier entsprechend. Der Dritte kann sich aber nur an den Auftraggeber halten, da — wie ausgeführt — die Verpflichtung zur Ausführung des Auftrages auch nur gegenüber dem Auftraggeber besteht.

b) Anders ist jedoch die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Beauftragte die Ausführung des Auftrages einem Dritten überträgt, ohne daß dieser erkennen kann, daß eine Weiterübertragung vorliegt. Ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber entsteht in einem solchen Falle nicht, und der Dritte sieht den Beauftragten als Auftraggeber an. Nimmt der Dritte den Auftrag an, dann will er sich dem Beauftragten gegenüber verpflichten, die Geschäftsbesorgung auszuführen, nicht jedoch gegenüber dem Auftraggeber, dessen Existenz er überhaupt nicht kennt. Der Auftraggeber kann daher auch nicht die Ausführung des Auftrages von dem Dritten verlangen. Für die Geltendmachung der Ansprüche aus Aufwendungen kommt für den Dritten mangels Kenntnis vom Vorhandensein des Auftraggebers ebenfalls nur die Person des Beauftragten in Betracht. Erleidet der Dritte bei Ausführung des Auftrages einen Schaden, so kann er

sich wegen des Ersatzes nur an den Beauftragten halten. Es entspricht aber dem Grundsatz von Treu und Glauben, daß der Beauftragte, falls er von dem Dritten wegen Ersatz des erlittenen Schadens in Anspruch genommen wird, von dem Auftraggeber schadlos gehalten werden muß, da ja in dessen Interesse die Ausführung des Auftrages erfolgt ist.

2. Die Haftung für Schäden des Dritten bei Nichtgestattung der Übertragung der Auftragsausführung.

Hat der Beauftragte einem Dritten die Ausführung des Auftrages übertragen ohne Gestattung des Auftraggebers, dann will dieser die Tätigkeit eines Dritten nicht. Führt letzterer trotzdem den Auftrag aus, dann muß eine Ersatzpflicht des Auftraggebers für etwaige Schäden des Dritten grundsätzlich abgelehnt werden. Der Dritte kann sich in einem solchen Falle nur an den Beauftragten halten. Ein Rückgriffsrecht des Beauftragten gegen den Auftraggeber ist hier zu verneinen, da der Beauftragte gegen den Willen des Auftraggebers gehandelt hat, und dieser daher nicht ersatzpflichtig gemacht werden kann. Es könnten sich allerdings Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben. Eine Behandlung dieser Frage fällt jedoch nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

VII. Die Haftung des Auftraggebers bei Zuziehung von Gehilfen seitens des Beauftragten.

Im Gegensatz zur Übertragung der Auftragsausführung im ganzen kann der Beauftragte Dritte zu einer nur unterstützenden Mitwirkung heranziehen. In einem solchen Falle spricht man von der Zuziehung von Gehilfen. [57]) Sie ist gestattet, wenn sie nicht ausdrücklich

57) RGZ. 78/310.

ausgeschlossen wurde. Ist die Verwendung von Gehilfen gestattet, so zieht sie die gleichen Rechtsfolgen nach sich, wie die zulässige Übertragung der Geschäftsführung auf einen Dritten. Daraus folgt, daß in den Fällen, in denen nach den vorhergehenden Ausführungen dem Dritten ein Ersatzanspruch für die von ihm erlittenen Schäden zuzubilligen ist, auch der zugezogene Gehilfe seinen Schaden ersetzt verlangen kann. Die vertragswidrige Verwendung von Gehilfen hat dieselben Folgen wie die unzulässige Übertragung der Ausführung des Auftrages. [58])

VIII. Die Rechtsprechung des RG. zur Haftung des Auftraggebers.

In der Rechtsprechung sind wiederholt die Fragen behandelt worden, die die Haftung des Auftraggebers für Schäden, die der Beauftragte bei Ausführung des Auftrages erlitten hat, betreffen.

Auch das RG. vertritt den Standpunkt, daß der Auftraggeber dem Beauftragten gegenüber haftet, wenn ihn bei der Ausführung des Auftrages ein Verschulden trifft. [59]) Es bejaht ein Verschulden des Auftraggebers insbesondere dann, wenn es dessen Pflicht ist, den Beauftragten auf die mit dem Auftrag verbundenen Gefahren hinzuweisen, der Auftraggeber aber diesen Hinweis unterlassen hat.

Für die den Beauftragten treffenden zufälligen Schäden verneint es die Haftung des Auftraggebers nach § 670 BGB. [60])

Ohne diesen Standpunkt aufzugeben, bejaht es die Haftung des Auftraggebers für Schäden des Beauftragten, wenn bei einem freiwillig übernommenen Auftrag die Gefahr mit diesem selbst verbunden war und als besondere Gefahr der Geschäftsbesorgung von beiden

58) RGRKom. Anm. 4 zu § 664.
59) RGZ. Bd. 75, S. 212; Bd. 96, S. 160.
60) RGZ. 98/195.

Teilen von vorneherein in Rechnung gezogen werden mußte und auch tatsächlich in Rechnung gezogen worden ist. Das RG. führt zur Begründung der Haftung des Auftraggebers aus, bei einer solchen Sachlage trete zwar keine Erweiterung der gesetzlichen Haftung des Auftraggebers nach § 670 BGB. ein. § 157 BGB. rechtfertige aber die Vertragsauslegung, daß der Auftraggeber es stillschweigend übernommen habe, für die dem Beauftragten durch die Ausführung des Auftrages erwachsenden Schäden aufzukommen. [61])

Die Haftung des Auftraggebers ist in der Rechtsprechung hinsichtlich der Höhe des zu leistenden Schadensersatzes weit gefaßt insofern, als in gewissen Fällen der Auftraggeber nicht nur für die Schäden des Beauftragten selbst, sondern auch für die auf seine Unterhaltspflicht angewiesenen Angehörigen aufzukommen hat. Übernimmt der Beauftragte im öffentlichen Interesse einen mit Gefahr für sein Leben oder seine Gesundheit verbundenen Auftrag unentgeltlich, dann wird in der Regel von dem Auftraggeber stillschweigend eine Haftung auf Schadloshaltung zu Gunsten des Beauftragten und auch der auf seine Unterhaltspflicht angewiesenen Angehörigen übernommen. Denn wenn man davon ausgeht, daß eine Haftung stillschweigend und ohne Erörterung der Einzelheiten übernommen werden kann, kann nicht ohne besonderen Anlaß angenommen werden, daß dann der Auftraggeber nur bis zu einem gewissen Umfange des Schadens hafte — nämlich nur für den dem Beauftragten selbst erwachsenen Schaden — darüber hinaus aber der Beauftragte die Gefahr auf sich nehmen solle. Die Haftung bezieht sich auch auf den Schaden, den die Familie des Beauftragten erleidet. [62]) Unerheblich ist es, wie das RG. ausführt, ob sich die Beteiligten bei der Eingehung des Vertrages der Tragweite ihrer Vereinbarung bewußt geworden sind. Stillschweigende

---

61) JW. 1931, S. 3441; RG. in „Recht" 1929, Nr. 1829.
62) RG. in JW. 1927, S. 441.

Vereinbarungen können nicht nur zu Gunsten der Vertragsparteien, sondern auch zu Gunsten dritter Personen getroffen werden. Es würde dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, wenn derjenige, der zunächst eine Haftung ohne erkennbar gemachte Einschränkung hinsichtlich ihrer Höhe übernommen hat, nachträglich nach Eintritt eines unerwartet großen Schadens seine Haftungsübernahme, die jedenfalls einen kleinen Schaden gedeckt haben würde, nunmehr als wirkungslos bezeichnen würde. [63])

C. Schluß.

Unsere Untersuchung hat zu dem Ergebnis geführt, daß der Auftraggeber dem Beauftragten die Schäden zu ersetzen hat, die dieser erleidet im Falle des Verschuldens des Auftraggebers, und in den Fällen zufälligen Schadens bei einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Haftungsübernahme durch den Auftraggeber, daß bei beiderseitigem Verschulden eine Haftung des Auftraggebers möglich ist, bei Übertragung der Ausführung des Auftrags auf einen Dritten die Haftung weiterhin von der Zulässigkeit der Übertragung abhängt, und bei Ausschluß der Haftung sowie bei einem sittenwidrigen Auftrag ein Einstehen des Auftraggebers aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung möglich ist. Dagegen hat der Beauftragte keinen Schadensersatzanspruch, wenn bei Erteilung eines gefährlichen Auftrages weder der Auftraggeber noch dem Beauftragten die Gefährlichkeit des Auftrages bekannt war.

Daß dem Beauftragten für zufällige Schäden nur auf dem Umwege über den Aufwendungsersatz oder unter der Fiktion der Garantieübernahme ein Ersatzanspruch gewährt werden kann, ist ein unbefriedigendes Ergebnis. Die gesetzliche Regelung wird dem Grundgedanken des Auftragsrechtes, daß der Beauftragte ohne Gewinn und

63) W. Warn. Rechtspr. 1915, S. 308.

ohne Verlust seine Tätigkeit im fremden Interesse ausüben soll, [64]) nicht gerecht. Sie stellt eine einseitige Begünstigung des Auftraggebers dar. Im künftigen Recht wird der Sieg des Gemeinschaftsgedankens zu einem gerechten Ausgleich, zu einer Versöhnung der Interessengegensätze unter der Gemeinschaftspflicht führen und auch für das Auftragsrecht im Gegensatz zu der geltenden Regelung, die auf „Alles oder Nichts" gestellt ist, [65]) einen billigen Ausgleich zwischen den Beteiligten ermöglichen.

64) Lange, a. a. O., S. 29.
65) Lange, a. a. O., S. 45.